

Sygn. akt KIO 2711/21

WYROK
z dnia 8 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę Warbud S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa działające przez Zarząd Zieleni Miejskiej m.st. Warszawy

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Warbud S.A. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Warbud S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Warbud S.A. w Warszawie na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy działającego przez Zarząd Zieleni Miejskiej m.st. Warszawy kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa działające przez Zarząd Zieleni m.st. Warszawy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozwój i uporządkowanie terenów zieleni wraz z elementami rekreacyjnymi na terenie Parku Pole Mokotowskie w Warszawie - etap 1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 28 maja 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 102-265891. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o. w Poznaniu, dalej jako „INMEL”, wykonawca Warbud S.A. w Warszawie wniósł odwołanie 13 września 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez INMEL, pomimo, iż treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie przedmiotu zamówienia zaoferowanego w ramach Opcji 1 - Pawilon Wody, lub sposobu wyceny oferty; ewentualnie:
2. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej jako: „uznk”, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez INMEL, pomimo iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez INMEL, pomimo iż treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie sposobu dokonania wyceny zadania podstawowego i opcjonalnego, a także została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk;
4. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8) przez zaniechanie wezwania INMEL do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty INMEL, w zakresie cen zaoferowanych w ramach Opcji 1 - Pawilon Wody.

5. art. 16 pkt 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania;
3. odrzucenia oferty INMEL; ewentualnie:
4. wezwania INMEL do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący odwołał się do postanowień SWZ i wskazał, że zamawiający, wymagał dokonania realnej i rzetelnej wyceny robót przewidzianych prawem opcji, gdyż przewidział możliwość skorzystania z elementów zamówienia objętych prawem opcji jedynie w przypadku, gdy zaistnieje taka potrzeba, a ponadto uzyska dodatkowe środki finansowe na ten cel.

Wyjaśnił, że ceny zaoferowane w postępowaniu kształtują się następująco:

1. INMEL - cena zamówienia podstawowego: 39.610.896,12 zł, cena opcji: 6.455.470,06 zł;
2. Odwołujący - cena zamówienia podstawowego: 37.070.124,94 zł, cena opcji: 10.451.430,38 zł.

Odwołujący zarzucił, że INMEL nie zastosował się do wymagań zamawiającego, bowiem wycenił przedmiot zamówienia w zakresie prawa opcji znacznie poniżej kosztów jego wykonania. Podniósł, że skoro nie ma możliwości wykonania zamówienia w zakresie Opcji 1 - Pawilon wody po cenach zaoferowanych przez INMEL, to w konsekwencji:

- a) albo oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w zaniżonych pozycjach zawartych w Opcji 1;
- b) albo wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z SWZ, gdyż wycenił i zaoferował inny materiał, niż przewidziany przez zamawiającego w SWZ;
- c) albo oferta wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na odsprzedaży towarów poniżej kosztów ich zakupu;
- d) albo oferta wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca przerzucił koszty wykonania zamówienia w części opcjonalnej do zamówienia podstawowego, co umożliwiło mu uzyskanie większej ilości punktów w podkryterium ceny przy jednoczesnym zapewnieniu sobie otrzymania częściowej zapłaty za zakres opcjonalny zamówienia nawet w sytuacji, w której zamawiający nie zdecyduje się na jego realizację.

W rozwinięciu odwołujący wskazał, że pozycje wymienione w tabeli wskazują wprost, że INMEL zaoferował odmienny od wymaganego przedmiot zamówienia w Opcji 1 - Pawilon Wody:

- a) Pozycja 335, Kalkulacja indywidualna, 2.1 Szklana ściana kurtynowa z drzwiami - różnica w cenie pomiędzy ofertą INMEL a odwołującym wynosi: 1.666.158,98 zł. Zgodnie z Projektem Wykonawczym jest to ściana ze szkła hartowanego giętego cylindrycznie, którego koszt jest wielokrotnie wyższy niż szkła prostego. W ocenie odwołującego, INMEL przyjął do swojej oferty szkło proste, niehartowane i stąd tak duża rozbieżność w cenie. Koszt samego tylko szkła giętego cylindrycznie hartowanego (bez profilu, montażu i innych elementów) według oferty firmy Reconal, której ofertą dysponuje odwołujący wynosi 2.500 zł netto za 1 m², natomiast INMEL za komplet fasady z montażem, narzutami i zyskiem przyjął tylko 490 zł netto za 1 m². Cena przyjęta do kosztorysu przez Warbud obejmuje poza elementami wyspecyfikowanymi w ofercie Reconal także pomocnicze prace, testy dla szyb hartowanych, narzut kosztów ogólnych oraz zysk. Powyższe wskazuje, iż oferta INMEL jest w tym zakresie niezgodna z SWZ;
- b) Pozycja 340, Kalkulacja indywidualna, Ściana z drzwiami z blachy (drzwi harmonijkowe) - różnica w cenie pomiędzy ofertą INMEL a Warbud wynosi: 251.780,46 zł. Przegrody tego typu są dostarczane i montowane tylko przez specjalistyczne firmy. Produkty te posiadają odpowiednie parametry i certyfikaty potwierdzające izolacyjność akustyczną i ogniową. Warbud jest w posiadaniu oferty firmy Solarlux, która ilustruje jaki poziom cen należy założyć na te roboty. W opinii Warbud cena przyjęta do kosztorysu przez INMEL nie jest wystarczająca i nie obejmuje wszystkich elementów niezbędnych do realizacji zamówienia zgodnie z SWZ;
- c) Pozycja 346 Winda osobowa - różnica w cenie pomiędzy ofertą INMEL a Warbud wynosi: 100.173,09 zł. Warbud jest w posiadaniu oferty firmy Lift service, która ilustruje, jaki poziom cen należy założyć za te roboty. Oferta zawiera montaż dźwigu wraz z dokumentacją techniczną, próbami pomontażowymi, regulacjami, pomiarami, rozruchem, uczestnictwem w odbiorze przez Urząd Dozoru Technicznego, certyfikację dźwigu i nadanie znaku CE. Cena przyjęta do kosztorysu przez Warbud obejmuje ponadto pomocnicze prace w szybie windowym, narzut kosztów ogólnych oraz zysk. W opinii odwołującego cena przyjęta do kosztorysu przez INMEL nie jest wystarczająca nawet na zakup samego dźwigu, nie mówiąc o pozostałych pracach. Powyższe wskazuje, iż oferta INMEL jest w tym zakresie niezgodna z SWZ;
- d) Pozycja 337 Fasada E160 - piętro - A5, A7, A6, A8 - różnica w cenie pomiędzy ofertą INMEL a Warbud wynosi 89.663,11 zł. Warbud jest w posiadaniu oferty specjalistycznej

firmy Reconal. Oferta zawiera dokumentację wykonawczą, uzgodnienia, dostawę, montaż, czyszczenie elewacji po wykonaniu. Cena przyjęta do kosztorysu przez Warbud obejmuje ponadto prace pomocnicze, testy dla szyb hartowanych, narzut kosztów ogólnych oraz zysk. W opinii Warbud cena przyjęta do kosztorysu przez INMEL nie jest wystarczająca i nie obejmuje wszystkich elementów niezbędnych do realizacji zamówienia zgodnie z SWZ;

- e) Pozycja 341 Fasada wewnętrzna z drzwiami bezklasowymi - A3, A4 - różnica w cenie pomiędzy ofertą INMEL a Warbud wynosi 64.806,56 zł. Warbud jest w posiadaniu oferty specjalistycznej firmy Reconal. Oferta zawiera dokumentację wykonawczą, uzgodnienia, dostawę, montaż, czyszczenie elewacji po wykonaniu. Cena przyjęta do kosztorysu przez Warbud obejmuje ponadto prace pomocnicze, testy dla szyb hartowanych, narzut kosztów ogólnych oraz zysk. W opinii Warbud cena przyjęta do kosztorysu przez INMEL nie jest wystarczająca i nie obejmuje wszystkich elementów niezbędnych do realizacji zamówienia zgodnie z SWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że różnica pomiędzy ofertą INMEL a ofertą odwołującego w kwestionowanych pozycjach wynosi 2.172.582,21 zł. Z uwagi na przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny ofert i przyznawanie punktów za cenę zamówienia opcjonalnego, gdyby oferta INMEL została, w tej części zamówienia, wyceniona rzetelnie, to odwołujący uzyskałby najwyższą liczbę punktów i jego oferta uznana zostałaby za ofertę najkorzystniejszą. Różnica w punktacji pomiędzy odwołującym a INMEL wynosi bowiem jedynie 0,6 pkt.

Ze wskazaniem na powyższe odwołujący wywodził, że treść oferty INMEL jest niezgodna z treścią SWZ. Nie jest bowiem możliwe wykonanie tych elementów zamówienia, w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego, tj. z użyciem materiałów opisanych w OPZ, po cenach wskazanych przez INMEL. Zarzucił, że INMEL, składając ofertę postępowaniu dopuścił się ponadto czynu nieuczciwej konkurencji, zarówno ze względu na oferowanie wykonania części zamówienia poniżej kosztów ich wytworzenia, jak i poprzez niedozwoloną manipulację cenami zawartymi w ofercie, w celu uzyskania większej ilości punktów.

Odwołujący wywodził, że naruszeniem uczciwej konkurencji jest oferowanie towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia, co w tym postępowaniu oznacza, że ceny wskazane we wskazanych pozycjach Opcji 1 - Pawilon wody, nie tylko nie wystarczą na realizację zamówienia zgodnie z SWZ, ale są drastycznie niższe niż koszty nabycia samych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Ponieważ – z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia - INMEL nie ma możliwości pokrycia kosztów realizacji zamówienia w zakresie Opcji 1 z innych pozycji wskazana cena jest ceną niższą niż koszty realizacji robót, co oznacza, iż złożenie oferty ją zawierającej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. S

Kryteria ceny podstawowej i ceny opcjonalnej miały wagę odpowiednio 50 i 10 punkt, co odpowiadało wadze 50% i 10%. Oznacza to, że dla finalnej oceny ofert ma istotne znaczenie, wysokość cen podanych w każdym z kryteriów z osobna, tj. w kryterium „cena podstawowa” i w kryterium „cena opcjonalna”. Jest to spójne z postanowieniami SWZ wymagającymi, aby dana zaoferowana cena pokrywała koszty realizacji, biorąc pod uwagę, iż zamawiający może nie wykorzystać w ogóle zakresu opcjonalnego. Tylko wówczas, oferty są porównywalne i możliwe jest wyłonienie oferty rzeczywiście najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. INMEL zaniżył drastycznie cenę opcjonalną - w sposób zupełnie oderwany od kosztów ponoszonych za realizację tego zakresu zamówienia - po to, aby w ten sposób uzyskać przewagę punktową. Takie działanie INMEL stanowi niedopuszczalną w świetle zasad uczciwej konkurencji manipulację cenową, naruszającą dobre obyczaje.

Odwołujący podkreślił, że uznanie przez zamawiającego, iż oferta INMEL jest prawidłowa, narusza nie tylko art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, ale również prowadzi do naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż w rezultacie, poprzez manipulację cenową i niedotrzymanie przez INMEL wymagań SWZ, oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza w oparciu o kryterium ceny (w kryterium pozacenowym obaj wykonawcy uzyskali jednakową ilość punktów, więc nie ma ono wpływu na ocenę ofert) nie jest ofertą najkorzystniejszą.

INMEL zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego z zachowaniem terminu ustawowego i obowiązku przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie z 5 października 2021 r. przystępujący odniósł się do zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie. Odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący odniósł się do zarzutów odwołania w piśmie z 5 października 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Ceny ofert oraz cen jednostkowych w wybranych pozycjach oferty INMEL zostały przywołane przez odwołującego zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy.

Ponadto Izba uwzględniła, że W SWZ zamawiający ustalił, że przewiduje możliwość skorzystania w trakcie realizacji umowy z prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ust. 1 Pzp. W jego ramach zamawiający może zlecić wykonawcy za dodatkowym wynagrodzeniem realizację zamówienia polegającego na wykonaniu:

OPCJA 1 - Pawilon Wody wraz ze wszystkimi przyłączami niezbędnymi do jego funkcjonowania zgodnie z projektem budowlanym, wykonawczym, STWiOR i przedmiarami. Przedmiary stanowi materiał pomocniczy.

OPCJA 2 - Zagospodarowanie terenu wokół domków fińskich określone zgodnie z rysunkiem POMO.PW-2.4.A-100 tj. wykonanie elementów małej architektury, zieleni, oświetlenia ścieżek i dróg zapewniających obsługę domków fińskich oraz dodatkowo do wykonania drogi zaznaczone na rysunku kolorem niebieskim zgodnie z projektem budowlanym, wykonawczym, STWiOR i przedmiarami. Przedmiary stanowią materiał pomocniczy.

Zamawiający ustalił, że w trakcie oceny w kryterium ceny (C) kolejno ocenianym ofertom zostaną przyznane punkty:

Cena za zamówienie podstawowe (Cp) - 50 pkt;

Cena za opcje (Co) -10 pkt.

Zasady realizacji prawa opcji zamawiający opisał w § 29 Załącznika nr 9 do SWZ - Wzoru Umowy, w ten sposób, że:

„1. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania w okresie obowiązywania Umowy z prawa opcji, zgodnie z którym Zamawiający może zlecić Wykonawcy za dodatkowym wynagrodzeniem wykonanie wszystkich albo niektórych prac opisanych jako OPCJE 1 i 2 w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy.

2. Realizacja prawa opcji będzie przebiegać w następujący sposób:

a) Zamawiający poinformuje Wykonawcę o woli skorzystania z prawa opcji pisemnie, w czasie trwania Umowy,

b) Zamawiający wraz z informacją, o której mowa w lit. a, przekaże pisemne polecenie wykonania prac objętych prawem opcji, wskazując zakres prac zleconych,

c) Wykonawca zrealizuje wskazany zakres prac na warunkach określonych w Umowie, w terminie określonym w Harmonogramie sporządzonym zgodnie z 5 3 ust. 13 i za wynagrodzeniem wynikającym z oferty.

3. Zamawiający złoży oświadczenie o skorzystaniu z prawa opcji w sytuacji, gdy zaistnieje taka potrzeba oraz gdy posiadać będzie środki na sfinansowanie zamówienia w zakresie objętym opcją.

4. Nieskorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji nie wymaga podania przyczyn i nie stanowi podstawy do jego odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy."

Szacując wartość zamówienia zamawiający ustalił wartość zamówienia podstawowego na 36.748.883,85 zł, Opcji I na 5.642.079,61 zł.

W postępowaniu złożono 4 oferty z cenami odpowiednio za zamówienie podstawowe i opcję I:

1. Inmel - 39.599.804,93 zł, 5.754.370,00 zł;
2. Warbud - 37.070.124,94 zł, 9.767.748,93 zł;
3. Remondis - 44.273.335,52 zł, 6.040.726,46 zł;
4. Ziel-Bud - 35.630.373,45 zł, 6.227.543,01 zł.

Zamawiający nie przeprowadzał procedury wyjaśniania ceny wobec żadnej ze złożonych ofert. Oceniał oferty i wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Wskazane ustalenia istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania zostały dokonane na podstawie powołanych pism oraz protokołu postępowania znajdujących się w kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego. Izba pominęła dowody złożone na rozprawie przez przystępującego, które zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, gdyż uznała, że ich treść przekracza granice wyznaczone zarzutami odwołania. Spór rozpoznawany przez Izbę nie wymaga materialnego badania cen wybranych pozycji kosztorysowych w ofercie przystępującego. Kwestią ocenianą w tym postępowaniu odwoławczym jest to wyłącznie, czy poziom tych cen powinien spowodować wątpliwości zamawiającego i wezwanie przystępującego do udzielenia wyjaśnień. Badanie zatem przez Izbę dowodów, które przystępujący złożyłby w wyniku ewentualnego wezwania – a taki charakter miały dowody złożone na rozprawie - dotyczyłoby przyszłej ewentualnej czynności zamawiającego. Rezultat takiej oceny zrównany byłby w istocie z czynnością oceny dowodów potwierdzających poziom cen, która nie została jeszcze wykonana przez zamawiającego. Takie działanie przekracza kognicję Izby, którą jest ocena czynności zamawiającego, takiej jaką była w dacie jej dokonania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem przystępującego, że odwołujący nie podniósł zarzutu niezgodności treści oferty INMEL z warunkami zamówienia. Przeciwnie, zarzut ten został podniesiony przez wskazanie naruszonego przepisu ustawy w pkt 1 katalogu zarzutów, a następnie rozwinięty w uzasadnieniu odwołania przez wskazanie okoliczności

faktycznych i prawnych, przede wszystkim w pkt II odwołania. Wymagania formalne wynikające z art. 516 ust. 1 pkt 8-10 Pzp zostały zatem spełnione.

Nie należy wywodzić braku postawienia zarzutu niezgodności oferty INMEL z warunkami zamówienia z faktu, że odwołujący zarzut ten powiązał z zarzutem zaniżenia ceny oferty w odniesieniu do wybranych pozycji kosztorysu w Opcji 1. Zarzuty zaniżenia ceny oferty oraz brak spełnienia wymagań zamawiającego stawianych przedmiotowi zamówienia wynikają w badanym postępowaniu z takich samych podstaw faktycznych. Ponadto odwołujący odniósł się do przesłanek art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, wskazał opis wymagania zamawiającego w dokumentacji postępowania, odpowiedni element oferty przystępującego oraz przyczyny dla których uważa, że oferta INMEL nie odpowiada tym wymaganiom.

Izba zważyła jednak, że ściśle powiązanie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z zarzutem zaniżenia ceny części oferty powoduje w okolicznościach sporu jego oddalenie *a limine*. Skoro, przed odrzuceniem oferty z powodu rażącego zaniżenia jej ceny, obligatoryjną czynnością zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy cena wskazana w ofercie pozwala na wykonanie zamówienia z należytą starannością, to tym bardziej odrzucenie oferty z powodu braku zgodności oferty z warunkami zamówienia z powodu rażącego zaniżenia ceny jej elementów, będzie możliwe dopiero po uzyskaniu i ocenie tych wyjaśnień przez zamawiającego. Ewentualne odrzucenie oferty bez dania wykonawcy możliwości obrony i udzielenia wyjaśnień naruszałoby ustawę. Warto też zwrócić uwagę, że przepisy ustawy pozwalają zamawiającemu na wyjaśnienie treści oferty, a zakres możliwych wyjaśnień nie jest przedmiotowo ograniczony. Art. 223 ust. 1 Pzp odnoszący się do wyjaśnienia treści oferty nie limituje zakresu wyjaśnień. Tym bardziej zatem zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty INMEL, co do której zamawiający nie żądał wyjaśnień dotyczących treści oferty, uznać należy za całkowicie chybiony.

Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ również z tego powodu, że odwołujący odwołał się wyłącznie do porównania cen wybranych pozycji kosztorysowych. Zarówno w treści odwołania jak i w toku rozprawy odwołujący nie wykazał, aby zachodziła jakakolwiek merytoryczna niezgodność oferty przystępującego z wymaganiami zamawiającego.

Z podobnych względów za niezasadny Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uzk oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uzk. Oba wskazane zarzuty związane są z zaniżeniem cen części pozycji kosztorysowych Opcji 1 – Pawilon Wody. Drogą do ustalenia, że takie zaniżenie cen rzeczywiście miało miejsce, że nastąpiło przeniesienie części ceny OPCJI 1 do wartości zamówienia podstawowego, a tym bardziej, że dokonując wyceny oferty przystępujący

zmierza do sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia, są wyjaśnienia ceny tych pozycji.

Potwierdzenie, że przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, nie jest możliwe bez uznania, że zaniżył on cenę swej oferty w zakresie Opcji 1. Ponownie zatem przypomnieć trzeba, że orzecznictwo, zarówno krajowe – Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, jak i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – konsekwentnie wyraża pogląd, że odrzucenie oferty z powodu rażącego zaniżenia jej ceny narusza prawo, jeśli wykonawca pozbawiony zostaje możliwości wykazania zamawiającemu rzetelności ceny swojej oferty. Przyjęcie zatem, że zaistniał czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaniżeniu ceny oferty, jeśli cena tej oferty lub jej elementów nie była jeszcze wyjaśniana, byłoby nielogiczne i wewnętrznie sprzeczne.

Za niepotwierdzony uznała Izba zarzut czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na tzw. przerzucenie kosztów z pozycji kosztorysu Opcji 1 do zamówienia podstawowego. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że do takiego działania ze strony INMEL doszło, nie wykazał, że koszty innych pozycji, które na pewno będą realizowane, zostały w sposób nieuzasadniony zawyżone.

W konsekwencji istotą sporu jest podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 przez zaniechanie wezwania INMEL do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty INMEL, w zakresie cen zaoferowanych w ramach Opcji 1 - Pawilon Wody. Potwierdzenie tego zarzutu przyniosłoby oblig wezwania przystępującego do wyjaśnienia ceny części pozycji w tej Opcji, a ocena tych wyjaśnień mogłaby stanowić podstawę do ewentualnego uznania, że oferta przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia lub jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk.

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Przywołany zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska lub budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia, jednak uzależnia od podejrzeń, co do rzetelności ceny. Bezpodstawne żądanie wyjaśnień będzie stanowić naruszenie prawa. Językowa wykładnia powołanego przepisu ze względu na zastosowaną alternatywę rozłączną zezwala na zwrócenie się o wyjaśnienia również w tej sytuacji, gdy cena niekoniecznie wydaje się rażąco niska, jednak budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia. Obowiązek badania, powstaje więc zawsze, gdy

zamawiający nabierze uzasadnionych wątpliwości w odniesieniu do ceny oferty. Zauważyć jednak trzeba, że aby można było badać części składowe ceny oferty, należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty.

Powinnością dowodową w tym zakresie jest obciążony odwołujący, który domaga się wyjaśnienia przez konkurenta elementów ceny jego oferty, jako ten, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne. Stosowną regulację procesową zawiera w tym zakresie art. 534 Pzp, nie zaś art. 537 Pzp będący *lex specialis* w stosunku do regulacji podstawowej. Sytuacja, w której zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia ceny oferty, nie została objęta regulacjami dotyczącymi odwróconego ciężaru dowodu. W sytuacji, gdy przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym jest ustalenie, czy istnieją wątpliwości co do rzetelności ceny oferty, ciężar dowodu co do okoliczności wskazujących, że zamawiający powinien dokonać czynności wezwania do wyjaśnień, spoczywa na wykonawcy, który dokonania tej czynności się domaga. Art. 537 Pzp odnosi się bowiem przedmiotowo wyłącznie do sytuacji, gdy badanie ceny oferty zostało już dokonane, a w postępowaniu odwoławczym kwestionowane są wyniki tej oceny.

Zdaniem Izby, odwołujący nie sprostął obowiązkowi dowodowemu. Po pierwsze, skoncentrował się wyłącznie na porównaniu wartości wybranych pozycji z pominięciem ich znaczenia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, czyli ich istotności. Po drugie, dowody złożone przez odwołującego nie potwierdzają rażącego zaniżenia cen elementów oferty. W ocenie Izby dowodzą one jedynie tego, że odwołujący otrzymał oferty podwykonawcze z takimi cenami i (być może) w oparciu o nie dokonał wyceny Opcji 1 w swojej ofercie. Przeciwno ich uwzględnieniu w charakterze dowodu istnienia wątpliwości co do wyceny oferty przystępującego przemawia poziom cen w pozostałych złożonych ofertach. Powołał je przystępujący na stronie 3 swojego pisma procesowego. Z zestawienia tego wynika, że za wyjątkiem ceny szyby (poz. 335), kwestionowane przez odwołującego ceny jednostkowe nie są najniższe w ofercie przystępującego. Biorąc pod uwagę wartość tych pozycji oraz ich udział w cenie całej oferty nie sposób uznać, że nastąpiło ich zaniżenie.

Izba uwzględniła również, że ceny te dotyczą wyłącznie Opcji 1. Skoro łącznie w podkryterium cenowym były uwzględnione ceny obu opcji, brak jest podstaw do uznania, że ceny, pozycji jednostkowych, których istotność nie została wykazana w odniesieniu do jednej z opcji, wywierały istotny wpływ na cenę oferty w obu opcjach, a tym samym miały znaczenie dla ceny całości oferty. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 239 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 Pzp. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została wykonana zgodnie z ustawą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący. W poczet kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła oprócz wpisu koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: